

L'immediata impugnazione del bando di gara.

di Elena Sartini

Data di pubblicazione: 5-7-2017

1. Il bando di gara è immediatamente impugnabile, perché direttamente lesivo, sia nei casi in cui siano previsti dei requisiti soggettivi tali da precludere la partecipazione di un operatore del settore; sia nei casi in cui siano inserite nella *lex specialis* oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati che rendano la partecipazione difficoltosa o addirittura impossibile (1).
2. La previsione di cui all'articolo 41 del d.lgs. n. 163 del 2006 non è direttamente riferibile agli affidamenti di servizi di cui all'Allegato II B del medesimo decreto legislativo. In tali casi, la previsione della produzione delle referenze bancarie si fonda direttamente sulle regole dettate dalla *lex specialis* e, proprio per tale ragione, il concetto di "solidità finanziaria" deve essere applicato con elasticità. In ogni caso, l'eventuale inidoneità della referenza bancaria non può condurre all'automatica esclusione dalla gara, bensì all'attivazione del soccorso istruttorio, ai sensi dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163 del 2006.

(1) Conforme: Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4189.

Guida alla lettura

La sentenza in commento specifica in maniera netta i casi in cui il bando sia immediatamente impugnabile. A tal proposito, il T.A.R. chiarisce che, oltre che in presenza di requisiti soggettivi che restringano eccessivamente la partecipazione di un determinato operatore economico, la *lex specialis* è altresì soggetta all'impugnazione immediata qualora siano inserite **clausole impositive di oneri incomprensibili ed eccessivamente sproporzionati**, tali da rendere la **partecipazione alla gara incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile**. In particolare, è abnorme o irragionevole la disposizione della *lex specialis* che renda impossibile il **calcolo di convenienza tecnica ed economica** ai fini della partecipazione alla gara; o la clausola che preveda una **dimidiazione irragionevole dei termini** per la presentazione dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); o ancora le **condizioni negoziali** che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135); o le clausole che introducano l'imposizione di **obblighi *contra ius*** (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); o, infine, qualora sussistano delle gravi **carenze** della *lex specialis* nell'indicazione di **dati essenziali per la formulazione dell'offerta** o laddove la disciplina di gara preveda l'impiego di **formule matematiche del tutto errate**.

Il T.A.R. si sofferma sul concetto di “**solidità finanziaria**” che generalmente deve essere contestualizzato in relazione all'appalto da eseguire. Tuttavia, tale regola generale deve essere applicata con **elasticità** nei casi di affidamenti di servizi compresi nell'allegato II B del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché la rilevanza delle referenze bancarie, ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria dell'azienda, si basa solo sul contenuto della *lex specialis*.

In concreto, qualora la disciplina di gara richieda che la dichiarazione dell'istituto bancario autorizzato attesti la “*capacità/solidità finanziaria ed economica*”, senza ulteriori precisazioni, tale disposizione deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi debbano riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso, e non anche fornire elementi sulla effettiva consistenza economica e finanziaria dei concorrenti, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti e che, comunque, anche se fossero disponibili, non potrebbero rendere noto a terzi, stante l'obbligo di riservatezza gravante sugli istituti bancari (cfr. T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 15 settembre 2016, n. 883; in argomento anche Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 858; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 03/08/2015, n. 10582).

In ogni caso, l'eventuale inidoneità della referenza bancaria non potrebbe, comunque, condurre all'automatica esclusione dalla gara, bensì comporterebbe l'attivazione del **soccorso istruttorio**, ex articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile “*sia ai documenti formati dal concorrente, sia nei confronti di quelli precostituiti provenienti da soggetti diversi, non rinvenendosi nella norma alcuna discriminazione al riguardo*” (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5704).

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1724 del 2016, proposto da:

Allsystem S.p.A., I.V.R.I. Servizi Fiduciari S.r.l., I.V.R.I. S.p.A., Sicuritalia Group Service S.C.P.A., Sicuritalia S.p.A., Consorzio Prodest Milano S.r.l., ciascuno in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Emanuela Ghisi C.F. GHSMNL77L44B300X, Alex Testa C.F. TSTLXA87C09B393C, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Milano, via Vincenzo Monti, 41;

contro

Expo 2015 S.p.A. in liquidazione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Greco C.F. GRGDU46S18C351B, Manuela Muscardini C.F. MSCMNL54L46B615Y, Paolo Provenzano C.F. PRVPLA83P15G273J, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, P.Le Lavater, 5;
Arexpo S.p.A. non costituita in giudizio;

nei confronti di

International Security Service Vigilanza S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Maselli C.F. MSLPLA73P19H501U, Roberto Spelta C.F. SPLRRT73L16G388Z, Luca Valentinotti C.F. VLNLCU73L20H501U, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, via Montenapoleone, 8;

per l'annullamento

previa sospensione

- del provvedimento 9 giugno 2016, prot. 1401416.DBO.FACQ.DS.OUT, recante l'aggiudicazione a International Security Service Vigilanza S.p.A. – Issv;

- della nota 9 giugno 2016, prot. 1401516.DBO.FACQ.DS.OUT di comunicazione dell'esito di gara;

- dei verbali di gara, e, in specie, del "verbale seggio interno", del "verbale commissione di gara" 21 marzo 2016, inclusi i suoi tre allegati, comprensivi, a loro volta, di propri allegati e del "verbale commissione di gara" 25 maggio 2016, inclusi i suoi sette allegati, comprensivi, a loro volta, di propri allegati, nonché, occorrendo, nelle parti de quibus, del bando di gara, del disciplinare di prequalifica, del capitolato tecnico, comprensivo di ogni allegato, e in specie, dell'allegato 1, della lettera di invito, dello schema di contratto d'appalto, oltre a tutti agli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi,

nonché per la caducazione ex tunc, o, in subordine, ex nunc, del contratto eventualmente stipulato, con subentro delle ricorrenti nella sua esecuzione,

nonché per la condanna delle resistenti a risarcire le ricorrenti in forma specifica con assegnazione totale o parziale del contratto, o, in subordine, per equivalente, per i danni arrecati alle ricorrenti stesse dagli atti e comportamenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Expo 2015 S.p.A. in Liquidazione e di International Security Service Vigilanza S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti impugnano i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili e ne chiedono l'annullamento.

Contestualmente chiedono sia che venga dichiarata l'inefficacia del contratto, medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata, sia di subentrare nella gestione del servizio, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Si costituiscono in giudizio Expo 2015 S.p.A. in liquidazione e la controinteressata International Security Service Vigilanza S.p.A. (ISSV spa), eccependo l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza dell'impugnazioni avversaria, di cui chiedono il rigetto.

Con ordinanza n. 1177/2016 depositata in data 14 settembre 2016, il Tribunale respinge la domanda cautelare presentata dalla ricorrente;

Con ordinanza n. 5499/2016, depositata in data 14 dicembre 2016, il Consiglio di Stato accoglie l'appello cautelare ai soli fini della rapida fissazione del merito della controversia.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 6 aprile 2017, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che: a) nel mese di dicembre 2015, Expo 2015 spa in liquidazione pubblicava il bando della procedura selettiva "n. 1433/2015 ex art 20 e 27 del D.Lgs. 163/2006, relativa a servizi rientranti nell'allegato II B, per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata e dei servizi di controllo accessi dell'area corrispondente al sito espositivo e delle sue pertinenze", prevedendo che la gara si sarebbe svolta con prequalifica e successivo invio di apposita lettera di invito ai concorrenti che avessero superato tale fase preliminare; b) l'importo dell'appalto era stabilito in euro 5.383.095,00 IVA esclusa, al netto degli oneri della sicurezza; in particolare, il valore era così articolato: "1) servizio da rendere dalla stipula del contratto sino al 30 giugno 2016, per un totale di E 3.588.730,00 IVA esclusa, oltre oneri della sicurezza stimati in E 12.573,00 IVA esclusa, così suddiviso; - E 2.828.320,00 (servizio vigilanza armata); - E 760.410,00 (servizio di portierato e attività ausiliarie); - E 12.573,00 (oneri della sicurezza stimati non soggetti a ribasso). 2) Servizi opzionali e "a richiesta", a richiesta della Stazione Appaltante, per un importo massimo di e 1.794.365,00, IVA esclusa, il tutto come meglio indicato nel

Listino allegato al Capitolato tecnico”, mentre la durata del contratto era così definita dal bando: “il servizio decorrerà dalla data di stipulazione del contratto e avrà validità fino al 30 giugno 2016”; c) completata la fase di prequalificazione, cui partecipavano con esito positivo 5 operatori economici, venivano inviate le lettere invito, informando i medesimi operatori che “alla luce della riduzione dell’arco temporale previsto per lo svolgimento del servizio, è stato rimodulato l’importo posto a base di gara, ed a fronte di una nuova valutazione del fabbisogno della stazione appaltante sono stati eliminati i servizi opzionali previsti nella fase di prequalifica”; in particolare, l’importo complessivo posto a base di gara veniva ridotto, passando dagli oltre 5 milioni di euro iniziali ad euro 1.795.952,00 IVA esclusa, oltre oneri della sicurezza non soggetti a ribasso stimati in euro 7.543,50 IVA esclusa, così articolati: “1) servizio da rendere dalla stipula del contratto sino al 30 giugno 2016... così suddiviso; -E 1.417.504,00 (servizio vigilanza armata); - e 378.448,00 (servizio di portierato e attività ausiliarie); - E 7.543,50 (oneri della sicurezza stimati non soggetti a ribasso)”; d) la lettera di invito precisava che la suddetta stima di costo è stata effettuata in ragione della previsione del fabbisogno di Expo 2015 s.p.a. “pertanto, il pagamento degli importi dei servizi resi in appalto sarà liquidato alla ditta appaltatrice sulla base dell’effettivo servizio prestato e sulla scorta dei prezzi unitari offerti in sede di gara. Tale stima non è, dunque, in alcun modo impegnativa o vincolante, né nel totale, né nella ripartizione”; e) sempre la lettera di invito prevedeva l’aggiudicazione in favore del concorrente che avesse formulato il prezzo più basso, compilando l’Allegato D - Modello Offerta economica, che prescriveva l’indicazione di prezzi unitari (E/h) offerti per i due servizi (vigilanza armata e controllo accessi e portierato non armato) e complessivi (moltiplicando il prezzo unitario per il numero di ore stimato dei suddetti servizi); trattandosi di servizi inclusi nell’allegato II B al d.lgs. 163/2006, Expo si è riservata “la facoltà di valutare la congruità dell’offerta risultata aggiudicataria e di quelle che seguono in graduatoria nel caso in cui le predette offerte, in base ad elementi specifici, appaiano anormalmente basse”, se del caso istituendo un’apposita commissione per esaminare le giustificazioni prodotte; e) alla Lettera di invito rispondevano, presentando l’offerta, soltanto due operatori: ISSV S.p.A. e R.T.I. Allsystem S.p.A., Ivri S.p.A., Ivri Servizi Fiduciari S.r.l., Sicuritalia S.p.A., Sicuritalia Group Service s.c.p.a. - Consorzio Prodest Milano S.r.l. e in seguito al positivo vaglio della documentazione amministrativa di entrambi i suddetti operatori, nella seduta del 21.3.2016 la Commissione apriva i plichi contenenti l’offerta economica, così constatando che ISSV S.p.A. proponeva condizioni economiche migliori di quelle formulate dal R.T.I. Allsystem, offrendo la prima una percentuale di sconto pari al 22,9% rispetto alla base d’asta e il secondo una percentuale pari al 9,68%; f) quindi, la Commissione avviava la verifica di congruità dell’offerta presentata da ISSV spa, collocatasi al primo posto e ritenuta anormalmente bassa; g) la procedura di anomalia ha avuto la seguente articolazione: 1) con lettera del 22.3.2016 la Commissione chiedeva a ISSV S.p.a. di fornire le giustificazioni relative alle voci di prezzo offerto entro il 7 aprile 2016 e la concorrente riscontrava tale richiesta con nota del 6.4.2016, suddivisa in tre capitoli (Servizi di vigilanza Armata, Servizi di Controllo accessi e portierato non armato, Riepilogo tariffe offerte) e corredata di allegati ulteriori; 2) nella seduta del giorno 8 aprile 2016, la Commissione, vista la peculiarità tecnica degli argomenti da esaminare per la definizione della congruità dell’offerta economica presentata da ISSV S.p.A. e constatata l’assenza al proprio interno di professionalità esperte “in materia di disamina dei valori di prezzo concernenti i servizi oggetto di gara”, deliberava di “avvalersi del supporto meramente consultivo e privo di funzioni valutative di giudizio di un soggetto esterno, in possesso di comprovata esperienza nello specifico settore” (cfr. verbale seduta 8.4.2016); 3)

all'esito di una consultazione con il consulente esterno, nella seduta riservata del 13.4.2016 la Commissione deliberava di richiedere a ISSV S.p.A. "alcune precisazioni relative alle voci di prezzo, per effettuare una compiuta valutazione dei chiarimenti ricevuti" e, successivamente, inviava alla ditta, in data 14.4.2016, una richiesta di precisazioni; 4) quindi, con atto del Responsabile del Procedimento del 26.4.2016, veniva sostituito l'originario Presidente della Commissione, investendo di tale funzione la dott.ssa Gloria Zavatta; 5) ISSV S.p.A. riscontrava la richiesta di precisazioni del 14.4.2016, inviando un'ulteriore nota in data 19.4.2016, che veniva inviata al consulente esterno affinché potesse a sua volta formulare le proprie osservazioni; 6) il consulente redigeva e trasmetteva alla Commissione la propria "analisi offerta economica", formulando le prime conclusioni ed evidenziando in 6 punti gli aspetti ancora da chiarire; 7) quindi, la Commissione, con nota del 2 maggio 2015, chiedeva alla società ISSV S.p.A. ulteriori precisazioni relative a singole voci dell'offerta, comprese, tra le altre: l'indicazione dettagliata ed esaustiva di eventuali agevolazioni contributive usufruite, l'indicazione degli estremi della tabella ministeriale applicata ed il riferimento normativo o la fonte utilizzata per la determinazione dei calcoli retributivi, il dettaglio della composizione del personale ai fini delle agevolazioni IRAP, la certificazione liberatoria dell'Ente Bilaterale Nazionale Vigilanza Privata, i criteri di determinazione di calcolo della retribuzione tabellare; 8) ISSV S.p.a. riscontrava la richiesta con nota del 5 maggio 2016, che, con i relativi allegati veniva sottoposta al consulente esterno, il quale a sua volta produceva un nuovo documento di analisi, che veniva esaminato dalla Commissione; 9) la Commissione, nella seduta del 10 maggio 2016, alla presenza dei rappresentanti di ISSV S.p.A., segnalava che "le criticità ancora in essere riguardano i valori attinenti i servizi fiduciari, in quanto mentre per i servizi di vigilanza armata i valori offerti sono risultati di poco superiori con quelli di mercato, i valori offerti per i servizi fiduciari paiono di poco inferiori al valore di mercato"; 10) ne seguiva un'ulteriore richiesta di chiarimenti in data 13.5.2016, che ISSV S.p.A. riscontrava con nota del 18 maggio 2016, nota che veniva esaminata dal consulente, il quale concludeva nel senso che "in base a tutti i dati e alle risposte fornite dall'Offerente, si desume che per il servizio GPG lo stesso risulta essere compatibile con i valori di mercato, mentre per il servizio OF risulta esserci una lieve differenza tra i valori di mercato e quanto proposto in sede di offerta; è comunque da sottolineare che lo stesso ha dichiarato, nelle risposte del 18/5/2016, di poter ridurre il proprio utile d'impresa fino a euro 0,20 dagli attuali euro 0,52; applicando al calcolo del Consulente tale variazione non risultano esserci difformità rispetto ai valori di mercato"; h) nella seduta del 25.5.2016, la Commissione deliberava "di reputare la proposta economica del concorrente ISSV S.p.A. globalmente seria ed attendibile in quanto i prezzi offerti trovano comunque generale rispondenza nella realtà di mercato e aziendale. L'offerta economica presentata da ISSV S.p.A. risulta, quindi, complessivamente in linea con i valori di mercato e pertanto meritevole di aggiudicazione perché seria ed affidabile; sicché, con provvedimento datato 9.6.2016, l'appalto veniva definitivamente aggiudicato a ISSV S.p.A..

Avverso il provvedimento di aggiudicazione, il R.T.I. Allsystem s.p.a., secondo classificato, propone l'impugnazione in esame.

2) Allsystem s.p.a. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, formulando più censure che possono essere trattate congiuntamente, perché connesse sul piano logico e giuridico.

Le doglianze proposte non possono essere condivise.

2.1) In particolare, va osservato che:

- la ricorrente contesta, in primo luogo, la valutazione di anomalia svolta, con esito positivo, dalla stazione appaltante sull'offerta aggiudicataria, lamentando, sia la lacunosità e genericità della valutazione della Commissione, sia la concessione di termini più ampi per l'esposizione delle giustificazioni rispetto a quanto stabilito dalla lex specialis, sia la mancata considerazione dell'assenza di un utile nell'ambito dell'offerta aggiudicataria, sia, infine, le giustificazioni addotte rispetto a singole voci di costo, rispetto alle quali prospetta una differente quantificazione;

- il contenuto delle censure in esame postula la previa individuazione dell'oggetto della valutazione di anomalia e dei limiti entro i quali, nel corso del relativo procedimento, il concorrente sottoposto a valutazione può incidere sull'offerta già presentata;

- sul punto va ribadito che, per consolidata giurisprudenza (cfr. di recente T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 63, che riprende un orientamento più volte ribadito dal Tribunale e condiviso dalla prevalente giurisprudenza): a) in sede di apprezzamento dell'offerta anomala, così come in sede di giudizio di congruità dell'offerta in sé non eccedente la soglia di anomalia, il concorrente sottoposto a valutazione non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo e mantenendo fermo l'importo finale; nondimeno, ciò non esclude che l'offerta possa essere modificata in taluni suoi elementi, compresi, in particolare, quelli relativi all'utile atteso, che può essere ridotto (cfr. tra le tante T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 1° giugno 2015, n. 1287; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Tar Lombardia Milano, sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146); b) resta fermo il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione - pena la violazione della par condicio tra i concorrenti - ma ciò non toglie che, avendo la verifica di anomalia la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme; c) di conseguenza, si ritiene ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (cfr., al riguardo, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146); d) la giurisprudenza ritiene coerenti con lo scopo del giudizio di anomalia e con il rispetto dei principi di parità di trattamento e divieto di discriminazione una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo invariate, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili; e) è anche pacificamente ammesso che l'impresa possa intervenire riducendo l'utile esposto, a condizione che tale voce non risulti del tutto azzerata, perché ciò che importa è che l'offerta rimanga nel complesso seria (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; id., 23 luglio 2012, n.

4206; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676); f) resta fermo che la valutazione di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare che l'offerta sia attendibile e affidabile nel suo complesso (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770);

- nel caso di specie, le variazioni ipotizzate in sede di valutazione di anomalia, sono comprese nell'ambito delle modifiche consentite in base ai principi ora richiamati, atteso che hanno riguardato l'utile atteso dall'appalto, in quanto l'aggiudicataria, a fronte delle varie osservazioni sollevate dalla Commissione sulla base di una dettagliata analisi svolta dal consulente esterno, ha solo prospettato la possibilità, qualora fosse necessario, di procedere ad una compressione dell'utile d'impresa, riducendolo a 0,20 euro per ogni ora di servizio prestato;

- è evidente, in primo luogo, che la variazione dell'utile rientra tra le voci suscettibili di modificazioni in sede di valutazione di anomalia, come già evidenziato ed, inoltre, si tratta di una riduzione tale da non azzerare l'utile previsto, fermo restando che l'argomento di segno contrario, basato sulla limitatezza dell'utile così quantificato, è solo suggestivo, poiché si tratta di un valore orario che va moltiplicato per il numero complessivo delle ore di servizio da svolgere;

- ne deriva che, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, nel corso della valutazione di anomalia l'aggiudicataria non ha modificato sostanzialmente la propria offerta, ma ha introdotto delle limitate rettifiche, coerenti con i principi già esposti, con conseguente infondatezza della censura in esame;

- né è condivisibile la tesi secondo la quale l'aggiudicataria si sarebbe limitata a riprodurre in sede procedimentale sempre le stesse giustificazioni a fronte delle richieste di chiarimenti avanzate dall'amministrazione, sicché la verifica di anomalia sarebbe stata svolta in maniera solo apparente e formale;

- si è già evidenziato che la stazione appaltante ha condotto la valutazione di anomalia avvalendosi di un consulente esterno e che la verifica è stata eseguita per fasi successive, attraverso richieste di chiarimenti sempre più puntuali, avanzate in base all'analisi condotta dal consulente a fronte delle giustificazioni via via prodotte dall'aggiudicataria;

- si tratta, insomma, di un procedimento tutt'altro che apparente o formalistico, essendosi svolto attraverso analisi successive, con approfondimenti dettagliati, rispetto a specifiche criticità rilevate, con richieste di integrazioni e precisazioni, che hanno trovato riscontro nella documentazione e nelle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria;

- parimenti, la circostanza che, in sede di verifica di anomalia, non siano state rispettate formalmente le tempistiche indicate dalla lex specialis non si traduce in un vizio della valutazione positiva espressa dalla stazione appaltante, trattandosi di tempistiche cui non si correla alcuna decadenza o preclusione, anche in considerazione del fatto che l'appalto di cui si tratta concerne l'affidamento di servizi di cui all'Allegato II B del d.lgs. n. 163/2006, sicché

la stessa effettuazione del sindacato di anomalia non riflette uno specifico obbligo legale, ma una scelta discrezionale della stazione appaltante, espressa negli atti di gara, dai quali, come già detto, non emerge alcuna decadenza in relazione ai tempi di svolgimento del subprocedimento in esame;

- sul punto, la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982) ribadisce “l'irrelevanza della pretesa violazione dei ricordati termini del sub - procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, ciò sia in ragione della delineata finalità cui esso tende, sia in ragione del fatto che i termini indicati nell'invocato art. 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (rispettivamente di quindici giorni per la presentazione delle giustificazioni e di cinque giorni per fornire le precisazioni o i chiarimenti richiesti) non sono perentori, quanto piuttosto sollecitatori (come si ricava dalla stessa formulazione letterale della disposizione), avendo lo scopo di contemperare gli interessi dell'offerte a giustificare l'offerta e quelli dell'amministrazione alla rapida conclusione del procedimento di gara). La funzione essenziale del sub - procedimento di verifica dell'anomalia, come già rilevato, è di apprezzare l'idoneità e l'adeguatezza dell'offerta (sospettata di anomalia) ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, funzione che può realizzarsi solo con il pieno contraddittorio...” sicché è valutabile la documentazione “pervenuta prima dell'attività valutativa dell'amministrazione appaltante (o della commissione a tal fine preposta)”;

- sotto altro profilo, la ricorrente lamenta che singole voci di costo non sarebbero state valutate coerentemente dalla stazione appaltante, ma neppure tale contestazione – sviluppata in modo articolato dalla ricorrente – può essere condivisa;

- in primo luogo, va ribadito che la verifica di anomalia non integra una ricerca di singoli errori, né ha ad oggetto solo particolari voci di costo, essendo diretta a verificare l'attendibilità dell'offerta complessiva, sicché la presenza di singoli scostamenti non giustificati resta ininfluenza, se non ne emerge l'incidenza rispetto all'offerta complessiva;

- tale profilo di incidenza sull'offerta complessiva non è evidenziato dalla censura in esame, che si risolve in una contestazione di singoli costi, senza evidenziarne chiaramente la capacità di inficiare l'offerta globalmente intesa, nonostante il valore non irrisorio posto a base di gara;

- non solo, una parte delle contestazioni mosse ai costi esposti da ISSV S.p.A. si fonda sulla loro non corrispondenza con valori autonomamente elaborati dalla ricorrente e indicati in tabelle predisposte dalla medesima;

- è evidente che tale modus procedendi è inidoneo a palesare l'incongruenza o l'irragionevolezza dei costi dell'offerta aggiudicataria, perché non si basa sul raffronto con dati oggettivi o dimostrati valori di mercato, ma sul confronto con dati astratti, che la ricorrente assume come adeguati, senza alcun concreto supporto dimostrativo, sicché in parte qua la censura si connota per una spiccata genericità, che la rende inammissibile ex art. 40 cpa;

- in ogni caso, per completezza di esposizione, il Tribunale evidenzia che le contestazioni riferite a singole voci di costo non evidenziano specifiche criticità dell'offerta aggiudicataria non esaminate dalla stazione appaltante, trattandosi, di volta in volta, di valori in ordine ai quali

la Commissione, avvalendosi del consulente esterno, ha chiesto chiarimenti e giustificazioni, che hanno evidenziato la coerenza del dato esposto, ovvero di valori che non attengono a costi riferibili all'oggetto dell'offerta;

- in particolare: a) non è fondata, perché priva di base normativa, la tesi secondo la quale il costo del lavoro dovrebbe comprendere anche il valore dei "buoni pasto", atteso che il contratto integrativo di riferimento (art. 19, sub doc. 14 di parte ricorrente) precisa che il relativo valore non è da considerarsi utile ai fini della determinazione della base di computo di alcun istituto contrattuale o legale, compreso TFR, con la specificazione il buono pasto non integra la retribuzione, sicché nulla è dovuto a quei lavoratori che non ne curano il ritiro o non la utilizzano, fermo restando che si tratta di un valore non considerato neppure dalle tabelle ministeriali di riferimento per la determinazione del costo standard del lavoro; b) allo stesso modo il c.d. "premio di risultato" (art. 20 del contratto integrativo di riferimento cit.) costituisce una voce del tutto variabile, correlata ai risultati di volta in volta conseguiti dalle aziende e la cui attribuzione dipende da indici variamente attribuibili al personale dipendente, sicché non si tratta di un costo predeterminabile sulla base di dati oggettivi; c) contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, il calcolo effettuato per determinare il costo orario finale si basa sulla media ponderata dei livelli indicati da Expo ed è stato riportato nell'analisi del 25 maggio 2016 (cfr. documentazione di parte ricorrente); non solo, il consulente scelto dalla stazione appaltante ha evidenziato che il costo orario esposto dall'aggiudicatario è persino superiore a quello desumibile dalle tabelle ministeriali aggiornate sino al 2015; d) quanto alla composizione del costo sul piano temporale, la ricorrente assume una distinzione tra costo diurno e costo notturno che non trova corrispondenza nelle modalità che la *lex specialis* richiede per l'esposizione dei costi; e) in relazione alla contestazione relativa all'utilizzo da parte dell'aggiudicatario delle Tabelle ministeriali del 2009, va evidenziato che la questione è stata esaminata dalla Commissione, che, nell'analisi allegata al verbale del 25 maggio 2016, nella parte dedicata al calcolo della paga base tabellare conglobata, chiarisce che sono state utilizzate, ai fini della determinazione dei valori di mercato del costo orario, le Tabelle Ministeriali valide al momento della data di presentazione dell'offerta e, sulla base di tale parametro di confronto, il costo indicato dall'aggiudicatario è risultato persino superiore e, pertanto, compatibile con le tabelle vigenti al momento della presentazione dell'offerta; f) quanto all'utilizzo del lavoro straordinario, va osservato che si tratta di un istituto sicuramente riferibile anche al settore della vigilanza, in base alla contrattazione collettiva di riferimento, sicché la previsione dell'utilizzazione di tale istituto non esprime in sé alcuna irragionevolezza dell'offerta aggiudicataria; g) le discrasie rilevate in ordine al costo dei servizi fiduciari incidono in termini percentuali estremamente limitata rispetto ai servizi di vigilanza armata, sicché non presentano una concreta incidenza sull'offerta complessiva, fermo restando che, come condivisibilmente evidenziato dalla stazione appaltante, la questione è stata trattata nel corso della verifica di congruità, ma neppure di tale dato la ricorrente non tiene conto; h) parimenti, non trovano alcun riscontro le affermazioni secondo cui l'aggiudicataria avrebbe esposto solo una parte delle spese generali, le quali, al contrario, risultano riferite non solo alla filiale di Milano, ma a "tutti gli altri costi diretti ed indiretti sopportati dall'azienda per l'esecuzione dei servizi e non analiticamente indicati nelle tabelle allegate" (cfr. doc. 4b, punto 1.3 di parte ricorrente), sicché la valutazione di attendibilità resa dalla stazione appaltante anche rispetto a tale costo risulta priva di vizi logici;

- va, pertanto, ribadita l'infondatezza anche delle censure da ultimo esaminate.

2.2) La ricorrente lamenta che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché una delle due referenze bancarie presentate da ISSV spa sarebbe generica ed inidonea a garantire la solidità economica finanziaria della società.

La censura non può essere condivisa.

Si è già evidenziato che l'appalto de qua concerne l'affidamento di servizi di cui all'Allegato II B del d.lgs. n. 163/2006, sicché ad esso non è direttamente riferibile la previsione dell'art. 41 del d.l.vo 2006 n. 163, in ordine alla dimostrazione, da parte dei concorrenti, della propria capacità economica e finanziaria mediante la dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

Ne consegue che, nella gara in esame, la previsione della produzione delle referenze bancarie si fonda direttamente sulla regole dettate dal disciplinare di gara, che richiede la presentazione della dichiarazione di almeno due istituti bancari autorizzati "attestante la propria capacità/solidità finanziaria ed economica (cd referenze bancarie)".

La ricorrente, mentre riconosce l'adeguatezza della prima referenza bancaria prodotta dall'aggiudicataria – quella rilasciata da BPER Banca ove si attesta la solidità dell'aggiudicataria in correlazione al contratto de quo – contesta, invece, la seconda referenza – rilasciata da Nuova Banca Etruria – che ritiene "evanescente", perché non commisurata al valore del particolare contratto da aggiudicare.

Il Tribunale è consapevole dell'orientamento giurisprudenziale che, in generale, richiede che la solidità finanziaria sia contestualizzata in relazione all'appalto da eseguire, ma nel caso di specie la regola generale deve necessariamente essere applicata con elasticità, poiché la rilevanza delle referenze bancarie, ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria dell'azienda, si basa solo sul contenuto della lex specialis, trattandosi di un appalto compreso nell'allegato II B del d.l.vo 2006 n. 163.

Sul punto, il disciplina di gara richiede che la dichiarazione dell'istituto bancario autorizzato attesti la "capacità/solidità finanziaria ed economica", senza ulteriori precisazioni e la dichiarazione in contestazione attesta esattamente quanto richiesto dal disciplinare.

Proprio in relazione ad un appalto relativo all'affidamento del servizio di vigilanza, la giurisprudenza ha già rilevato che l'espressione idonee referenze bancarie, ove riportata nei bandi di gara pubblica senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dagli istituti bancari nel senso, anche lessicalmente corretto, che essi debbano riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso, e non anche fornire elementi sulla effettiva consistenza economica e finanziaria dei concorrenti, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti e che, comunque, anche se fossero disponibili, non

potrebbero rendere noto a terzi, stante l'obbligo di riservatezza gravante sugli istituti bancari (cfr. T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 15 settembre 2016, n. 883; in argomento anche Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 858; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 03/08/2015, n. 10582).

In ogni caso, contrariamente a quanto ritenuto dalla ricorrente, l'eventuale inidoneità della referenza bancaria in questione non potrebbe, comunque, condurre all'automatica esclusione dalla gara, bensì comporterebbe l'attivazione del soccorso istruttorio, ex art. 46 del d.l.vo n. 163/06, applicabile "sia ai documenti formati dal concorrente, sia nei confronti di quelli precostituiti provenienti da soggetti diversi, non rinvenendosi nella norma alcuna discriminazione al riguardo" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5704).

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della censura in esame.

2.3) Parimenti, è infondata la censura diretta a contestare la composizione della Commissione giudicatrice.

La ricorrente lamenta che, in base ai verbali di gara, la dott.ssa Gloria Zavatta (nominata Presidente con provvedimento del R.U.P. del 26.4.2016 in sostituzione del dott. Tammaccaro) avrebbe operato in tale qualità sin dal 20.4.2016, ossia prima della sua nomina e, pertanto, illegittimamente.

Sul punto, risultano del tutto plausibili le deduzioni difensive della stazione appaltante laddove sottolinea che l'indicazione, nel verbale della prima seduta svoltasi il 26.4.2016 con il nuovo Presidente, della data del 20.4.2016 è la conseguenza di un mero errore materiale, fermo restando che la ricorrente non ha sollevato puntuali contestazioni in ordine all'effettiva sussistenza di tale errore, né ha palesato quale interesse sia sotteso alla formulazione della censura in esame, che risulta di natura solo formalistica.

In ogni caso, nella seduta in contestazione la Commissione ha assunto determinazioni solo di natura istruttoria, decidendo di inviare al consulente esterno le giustificazioni trasmesse dall'impresa aggiudicataria e, come è noto, l'attività puramente istruttoria potrebbe essere svolta anche dal singolo commissario

Ne deriva che la censura in esame è destituita di fondamento.

2.4) La ricorrente contesta anche l'illegittimità del bando, nella parte in cui disciplina la durata del servizio, stabilendo che esso avrà inizio con la sottoscrizione del contratto e scadenza il 30 giugno 2016; in particolare, si lamenta che, in parte qua, la *lex specialis* sarebbe indeterminata, perché non consentirebbe di stabilire la durata effettiva del contratto da affidare.

Si tratta di una contestazione inammissibile, in quanto, essendo diretta ad evidenziare che la mancanza di sicuri riferimenti in ordine alla durata del contratto avrebbe reso oltremodo difficoltosa la formulazione di un'offerta, sottende un profilo di immediata lesività della disciplina di gara, la quale, pertanto, avrebbe dovuto essere impugnata direttamente e immediatamente, entro il termine di decadenza stabilito dalla legge e non in sede di

contestazione del provvedimento di aggiudicazione.

Sul punto, va precisato che, secondo la giurisprudenza cui aderisce il Tribunale (cfr. Consiglio di Stato, ad. pl. n. 9 del 25 febbraio 2014, nonché n. 4 del 2011 e n. 1 del 2003), il bando deve essere immediatamente impugnato, perché direttamente lesivo, non solo quando prevede requisiti soggettivi di partecipazione, che prescindono dallo svolgimento della gara, tali da precludere ex se la proficua partecipazione di un operatore del settore, ma anche in presenza di clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671; Consiglio di Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491), ovvero di regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così la citata Adunanza Plenaria n. 3 del 2001).

Allo stesso modo, sono immediatamente lesive e, pertanto, da impugnare direttamente le disposizioni della *lex specialis* abnormi o irragionevoli, che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980), oppure condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135), ovvero, introducano l'imposizione di obblighi *contra ius* (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222). La stessa situazione si verifica in presenza di gravi carenze della *lex specialis* nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero laddove la disciplina di gara preveda l'impiego di formule matematiche del tutto errate.

Non può essere condivisa la tesi, pure sostenuta dalla ricorrente, secondo la quale al momento della pubblicazione del bando, così come al tempo della ricezione della lettera di invito, non era percepibile la portata lesiva della disposizione, perché non si poteva ipotizzare la durata concreta della procedura, sicché sarebbe coerente la contestazione della clausola solo unitamente al provvedimento di aggiudicazione.

Invero, la contestazione non attiene alla durata della procedura, ma alla ritenuta mancanza di certezza in ordine alla durata del contratto e tale profilo non dipende dal tempo impiegato dalla stazione appaltante per concludere la gara, ma, in ipotesi, unicamente dalla formulazione della *lex specialis*, che, pertanto, doveva essere direttamente ed autonomamente contestata entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando.

Va, pertanto, ribadita l'inammissibilità del motivo in esame.

3) L'insussistenza dei profili di illegittimità dedotti dalla ricorrente esclude la sussistenza dei presupposti per configurare la responsabilità risarcitoria della stazione appaltante, con conseguente infondatezza della domanda di condanna al risarcimento del danno.

4) In definitiva, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

Respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, da dividere in uguale misura tra le altre parti costituite, liquidandole in euro 8.000,00 (ottomila), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario